

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

ADHEMAR FERREIRA MACIEL*

*Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região,
Diretor da Revista do TRF - 1ª Região e Presidente da
Comissão de Regimento Interno do TRF – 1ª Região.*

Primeiramente, quero agradecer as palavras, às quais terei de dar aquele habitual desconto, do Eminentíssimo Ministro Costa Leite, do qual sou profundo admirador. Agradeço também a presença de todos os Ministros, meus colegas Juizes, que estão perdendo um tempo precioso para praticamente nada lhes ser acrescentado.

O Ministro Costa Leite já antecipou que o tema é bastante árduo e, como justificativa para os senhores, tomo isto como uma homenagem ao Tribunal, escolhendo-me para falar sobre o assunto. Estou numa situação desvantajosa. Todos os conferencistas que me precederam escolheram temas de seu trato cotidiano. Minha situação ficou adversa: o tema foi escolhido por terceiros, e não estou inteiramente sintonizado com o assunto.

Procurei fazer uma pesquisa, enfocando, como já ressaltou o Ministro Costa Leite, sobretudo o aspecto do Direito Comparado. Procurarei dar um enfoque constitucional e, até mesmo, um enfoque jurisprudencial, no qual me centrarei, sobretudo, no voto marcante, embora vencido, do Ministro Aliomar Baleeiro.

A primeira observação que quero fazer é a seguinte: estou aqui, única e exclusivamente, por questão de homenagem ao Tribunal, e aceitei quando já estavam impressos o meu nome e o tema, como uma obrigação, como um ônus. Digo isso para o caso de a palestra não ser das melhores.

Outra observação que pretendo fazer sobre este difícil, "controverso"¹ e "extremamente delicado"² tema é quanto à expressão "responsabilidade civil do Estado".

Se há cinquenta anos ou mesmo cem, tal rubrica já não era das mais adequadas, hoje, então, torna-se cientificamente insustentável³. Num Estado de Direito democrático, onde a responsabilidade patrimonial estatal é, ao lado dos princípios da legalidade e do **judicial review**, um de seus pilares⁴. Onde o Direito Administrativo regula as relações entre os entes públicos e particulares, não fica bem falar-se mais em "responsabilidade civil do Estado". O adjetivo "civil" era usado em oposição a "criminal" e significava que a indenização pelo Estado se regia pelo Código Civil. Ora, os entes públicos, ainda que personalizados juridicamente, não são susceptíveis de cometimento de crimes. Também não são, hoje, no caso que nos interessa, mais regidos pelo Direito Civil propriamente dito, mas, sim, pelo Direito Administrativo. Deve-se, assim, usar "responsabilidade patrimonial do Estado"⁵ ou mesmo "responsabilidade patrimonial pública".

Feita essa observação, voltemos ao tema.

¹ ALCINO DE PAULA SALAZAR, Responsabilidade do poder público por atos judiciais. Rio de Janeiro, Canton & Reile. 1941. p.60.

² PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil. Forense, 1979. II/535.

³ JOSÉ ROBERTO DROMI, professor das Universidades de Mendoza o Buenos Aires, em seu Manual de derecho administrativo, Astrea, 1987. II/183, observa que tal denominação é "un eufemismo, porque ni se trata de la clásica RESPONSABILIDAD del derecho privado, ni os tampoco CIVIL en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. Estas normas son invocadas, pero com una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo cual hace ya inexacto hablar en rigor de RESPONSABILIDAD CIVIL." No mesmo sentido AUGUSTIN GORDILLO. citado por CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, Observações sobre a responsabilidade patrimonial do estado. Revista Forense, 311/4.

⁴ LUÍS MARTÍN REBOLLO. Jueces y responsabilidad del estado. Centro de estudios Constitucionales. Madrid. 1983. p. 23. Ver também CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, artigo citado, p. 4. THOMA, em Rechtsstaatsidee und Verwaltungswissenschaft, publicado no Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1910, vol. IV, citado por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional. Almedina, 4. ed , 1987. p. 285, também Inclui a "consagração da responsabilidade do Estado e dos funcionários por danos causados por factos ilícitos no cumprimento das suas tarefas (Staatshaftung)", como sendo um dos princípios para a realização do Estado de Direito Democrático.

⁵ CELSO RIBEIRO BASTOS, Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 1989. II/380.

Com amarga finura já se disse que o poder de julgar envolve o de praticar injustiças⁶. Ao assumirmos nossa atividade judicante, já sabemos, de antemão, de nossa grande responsabilidade. Estamos conscientes de que vamos errar muitas e muitas vezes. Faremos, ainda que inconscientemente, injustiças. Pouco importa. O que conta é nosso ânimo, nossa vontade de acertar, de trabalhar duro para a realização de uma sociedade menos injusta e desigual.

Hoje, no Leste Europeu, na África do Sul, na América Latina e sobretudo no Brasil, quando o povo está despertando de seu sono de passividade, de conformismo, de sua visão estóica e determinista e passa a exigir dos poderes públicos seus direitos, o juiz tem de ser fator de aproximação entre a Sociedade e o Estado.

Estamos entrando na era que os comparativistas estão chamando de *responsive law*⁷, isto é, de um direito onde se busca o equilíbrio entre a independência do juiz e as necessidades e demandas dos utentes do próprio direito: o povo. O Juiz brasileiro de hoje não é mais e não pode mais ser aquele de trinta, ou mesmo, vinte anos atrás. A Justiça tem que se aparelhar⁸. Trata-se de um serviço público como outro

⁶ MÁRIO GUIMARÃES, O juiz e a função Jurisdicional, Forense, p. 239.

⁷ MAURO CAPPELLETTI, Juízes irresponsáveis?, Sérgio A. Fabris, Porto Alegre, 1989. p. 10.

⁸ CAPPELLETTI, obra citada, p. 9 a seg., nos coloca a par de que em novembro de 1987 foi feito um **referendum** popular na Itália, de âmbito nacional, e uma imensa maioria de votantes, em torno de vinte milhões, se pronunciou contra o sistema judiciário italiano vigente. Quanto ao êxito da consulta popular, diz CAPPELLETTI que "não era concebível que na Itália pudesse se perpetuar um sistema judiciário carente, ao mesmo tempo, de profissionalidade e de responsabilidade: ou seja, um ordenamento no qual os juizes, tendo assumido a magistratura sem base em séria aprendizagem e avançando na carreira substancialmente com fundamento apenas na antiguidade, ficassem, outrossim, completamente imunes de responsabilidade perante as partes e outros sujeitos prejudicados por atos ou omissões viciadas de culpa, inclusiva gravíssima do magistrado, enquanto a própria responsabilidade disciplinar era extremamente limitada, seja no plano da ação (com apenas dois órgãos centrais legitimados a agir), seja no do juízo (com apenas um órgão investido daquela que é chamada, expressivamente, uma forma de justiça DOMESTICA ou CORPORATIVA)".

qualquer,⁹ ainda que encerre um quê de altanaria ou, até mesmo, de divindade.

Em pouco mais de vinte anos assistimos à reabertura política, vimos nascer organizações supranacionais e presenciamos a derrocada do comunismo. São transformações político-sociais com imensos reflexos na administração da Justiça. Em conseqüência, o juiz tem de se conscientizar da importância de seu papel constitucional na construção da sociedade do terceiro milênio. A sociedade hodierna está a exigir um juiz mais ativista. Com o malogro das teses da Escola da Dogmática Jurídica, que dominou por todo o século passado e ainda se mostra renitente, o juiz precisa assumir papel socialmente relevante. Já não pode mais ser aquela figura que procurava, de toda maneira possível e às vezes até impossível diante do **non liquet** do art. 126 do CPC, descobrir a "vontade geral" emanada do legislador. Esse fetichismo legal já teve sua época. Já teve sua vez. O juiz da atualidade, ainda que tenha por parâmetro a lei, pois essa é o único estalão social, acaba também por criar o direito.

Ao juiz de hoje a lei atribui muita garantia e segurança. É claro que garantia e segurança não são estipuladas em seu favor. Garante-se o juiz para garantir o jurisdicionado.

ALEXANDER HAMILTON, numa das mais belas páginas sobre o Judiciário – "o mais fraco do três Poderes" – diz no escrito 78 de "O Federalista":

Não é, porém, apenas com vistas às infrações da Constituição que a independência dos juizes deve ser uma salvaguarda essencial contra os efeitos de ocasionais perturbações na sociedade, as quais algumas vezes não vão além de ferir os direitos privados de determinadas classes de cidadãos, por meio de leis injustas e parciais. Nesses casos também a firmeza da magistratura judicial é de grande importância para mitigar a severidade e restringir a

⁹ ALIOMAR BALEEIRO, no RE 32.518-RS acentua: "Considero o Judiciário como o serviço de vacinação, ou o serviço público de guarda-noturno. O cidadão paga para tê-lo" (RDA n. 90/142).

amplitude de certas leis, servindo não apenas para moderar os malefícios imediatos daquelas que já tenham sido sancionadas, mas também atuando como um freio relativamente às que se encontram ainda em fase de discussão.¹⁰

O certo é que o juiz, exatamente por dispor de tais garantias constitucionais, não pode mostrar-se insensível, não "responsivo" aos anseios daqueles que vão atrás dele em busca de solução rápida, justa e isenta para seu caso particular.

É interessante observar que em nossa Constituição não existe, como na Lei Fundamental de Bonn¹¹ e em outras Constituições estrangeiras¹², dispositivo expresso, dizendo que "os juízes são independentes e subordinados unicamente à lei". Mas, de qualquer sorte, tal princípio, fundamental num regime de democracia constitucional, acha-se implícito e vale tanto como se expresso estivesse.

A própria Constituição brasileira de 1988, na esteira das Constituições e Cartas anteriores, consagra ao juiz as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos¹³. São garantias de cunho externo, contra a ingerência política, sobretudo do Poder Executivo. Mas, isso só não basta para garantir uma Justiça rápida, eficiente e isenta.

¹⁰ Universidade de Brasília, 1984, p. 580.

¹¹ Art. 97 (I) "Die Richter sind unabh ngig und nur den Gesetze unterworfen" (Verlag C. H. Beck München)

¹² A Constituição da República Portuguesa repete a mesma coisa: "Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos a lei" (Ed. organizada e revista por J. J. GOMES CANOTILHO o VITAL MOREIRA. Coimbra, 1989). A Constituição da República Italiana, mais concisamente, (ala que "os juízes estão sujeitos somente à lei" (art. 101). A Constituição Japonesa, com mais apuro, diz em seu art. 76/3: "Todos os juízes serão independentes no exercício de sua consciência e somente estarão sujeitos a esta Constituição e as leis" (Fatos sobre o Japão The International Society for Educational Information Ins. Code n. 05202-0366, Tokyo).

¹³ A matriz de tais garantias está na Seção 1 do Art. III da Constituição norte-americana: "The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services a compensation, which shall not be dlminished during their continuance in office".

Desde a mais remota antiguidade que se pune o juiz venal, o juiz que age com fraude e dolo. O juiz ou árbitro que recebesse dinheiro para beneficiar uma parte em detrimento de outra estava sujeito à pena de morte pela Lei das XII Tábuas¹⁴.

Também os romanos tinham uma *actio*, a "*quantum ob eam rem aequum videbitur*" contra o juiz malicioso, que causasse prejuízo propositado aos litigantes¹⁵. O *Codex Legum Wisigothorum*, que vigeu na Península Ibérica, também punia o juiz que julgasse "mal por engano ou ignorância, bem como por retardar a decisão das causas"¹⁶. As Ordenações do Reino, que vigoraram no Brasil por muito tempo, também continham sanções contra o juiz que fizesse dele a causa que julgava. O Direito francês, com raiz no Direito romano, tinha, até há pouco, um instituto processual, da época de Francisco I¹⁷, com o nome de "*prise à partie*", que ensejava à parte prejudicada acionar pessoalmente o juiz que de modo malicioso a prejudicasse¹⁸. Entre os germanos e os francos havia mesmo o costume de se permitir à parte vencida desafiar em duelo o próprio juiz. Se a parte vencesse a disputa, pela prova da ordália, o juiz era considerado culpado. A sentença era anulada. Tal costume teria sido abolido por SÃO LUÍS, rei de França.¹⁹

Nosso Código de Processo Civil de 1939, decalcado no Código de Processo Civil italiano²⁰, previu, em seu art. 121, ação de dano contra

¹⁴ Cf. ALFREDO BUZAID, Da responsabilidade do juiz, RP n. 9/15.

¹⁵ *ibidem*, p. 17.

¹⁶ *ibidem*, p. 19.

¹⁷ MARTÍN REBOLLO, obra citada, p. 35.

¹⁸ G. VEDEL mencionado por MARTÍN REBOLLO, obra citada, p. 36, observa que na jurisprudência não se registra mais que dois casos de *prise à partie* que prosperaram. Hoje, com a revogação pela lei orgânica da magistratura do art. 505 do Coda de Procédure Civile, a ação é dirigida não mais pessoalmente contra o juiz, mas contra o Estado (Cf. MARTÍN REBOLLO, obra citada, p. 37). MAURO CAPPELLETTI, obra citada, p. 54, observa que a reforma legislativa francesa de 1972/79 "aboliu, entre outros, o complexo e muito árduo procedimento da PRISE A PARTIE, necessário para estabelecer a responsabilidade PESSOAL do juiz, responsabilidade baseada em DOLO, CONCUSSÃO, OU CULPA GRAVE, e também em DE NEGAÇÃO DE JUSTIÇA".

¹⁹ Cf. MÁRIO GUIMARÃES. Obra citada, p. 241. ALFREDO BUZAID, obra citada, p. 21.

²⁰ MÁRIO MOACYR PORTO, Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes, RT 563/10.

o juiz que, no exercício de suas funções, procedesse com dolo ou fraude, ou, ainda, recusasse ou omitisse, ou retardasse, sem motivo justo, providências que devesse ordenar de ofício ou a requerimento das partes. O Código de Processo Civil de 1973 praticamente repete, em seu art. 133, o Código substituído. O mesmo se dá com a LOMAN, em seu art. 49, ao tratar da "responsabilidade civil do magistrado". Trata-se daquilo que MAURO CAPPELLETTI denomina de "responsabilidade jurídica" do juiz.²¹

Se examinarmos a doutrina e, sobretudo, alguns grandes votos (vencidos) de nossos tribunais, verificaremos que num Estado de Direito democrático não há mais lugar para a irresponsabilidade de entidades públicas por ato de seus agentes, quer sejam eles do Poder Executivo, do Judiciário e, até mesmo, do Legislativo. A evolução tem sido lenta, mas contínua. Hoje já há uma tendência, mesmo em se tratando de ato normativo geral e abstrato, de responsabilizar o próprio Estado pela feitura de leis inconstitucionais lesivas do patrimônio do particular²². Se o risco é coletivizado, também a responsabilidade deve ser socializada²³. Não é justo que uma só pessoa ou um grupo arquem, sozinhos, com prejuízos, enquanto a coletividade, de um modo geral, se beneficia²⁴. Na verdadeira democracia não há lugar para irresponsabilidades.

²¹ Obra citada, p. 36 e seg.

²² Ver JORGE MIRANDA. Manual de direito Constitucional. Coimbra, 1988, IV/270, e JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional, RP n. 40/154, LÉON DUGUÍT, em "Transformaciones Del derecho", tradução espanhola, Heliasta, p. 142, já punha em xeque a irresponsabilidade de leis quando causassem prejuízos a particulares. Outro não é o ensinamento de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, com arrimo em Amaro Cavalcanti e J. Guimarães Menegale (Da responsabilidade civil, 5. ed., Forense, N/266 e seg.). Ver, ainda, PEDRO LESSA, Do poder judiciário, Francisco Alves, 1915, p. 164. ALCINO DE PAULA SALAZAR, obra citada, p. 60. Outro, porém, é o entendimento de HELY LOPES MEIRELLES, Direito administrativo brasileiro, RT. 8, ed., p. 629. No RE n. 8.889-SP, assim ficou a ementa do acórdão lavrado pelo Min. CASTRO NUNES: "O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional" (RDA n. 20/42).

²³ WILSON MELO DA SILVA. Responsabilidade sem culpa. 2. ed., Saraiva, 1974. p. 169.

²⁴ O Conselho de Estado francês, no caso "La Fleurette", em 1938, ordenou ao Estado indenizar empresa particular prejudicada em virtude de lei que, a título de proteger produtos de laticínios, causou-lhe prejuízo (Cf. JOSÉ ROBERTO DROMI, obra citada, II/191).

O problema da responsabilidade do juiz pela demora na prestação jurisdicional é muito delicado. E fenômeno praticamente universal. No Brasil, todavia, está passando por fase ainda mais crítica. Preocupados com tal situação, os Estados europeus elaboraram em Roma, no dia 04 de novembro de 1950, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais a qual, em seu art. 6o, inciso I, enfatiza "toda pessoa tem direito a que sua causa seja julgada de modo equitativo, publicamente e DENTRO DE PRAZO RAZOÁVEL, por tribunal independente e imparcial, previsto em lei".²⁵

O juiz, para bem decidir, não se pode sentir pressionado pelas partes. Também não pode ser apressado. A pressa e a preocupação com a estatística quase sempre nos levam a erros e, conseqüentemente, a injustiças. E a massa de processos, tanto na primeira instância quanto na segunda ou na instância superior, só por si mesma, já nos pressiona psicologicamente. Como resolver questão tão difícil? Tão delicada? Mão podemos deixar única e exclusivamente por conta do juiz ser juiz de si próprio. Todo aquele que detém poder tem de ser controlado. Já ficou longe no tempo a doutrina de que o juiz, por ser detentor da soberania²⁶, era irresponsável perante as partes e não devia ser controlado. Na verdade "não há poderes soberanos, e soberano é só o direito, interpretado pelos tribunais"²⁷. Num Estado de Direito democrático todo órgão estatal deve ser submetido a controle externo e interno. Para isso

²⁵ O Brasil não é parte.

²⁶ DUGUIT, na obra citada, p. 9 e seg., mostra que a noção de "soberania" (**imperium**) se remonta ao início do período do Império Romano. O povo era seu titular e, através da *lex regia* a concedia ao governante. Durante o período feudal, a noção de **imperium** praticamente desaparece. No século XVI, Bodin engendra nova doutrina da soberania. O rei encarna, pessoalmente, a soberania. Com a Revolução Francesa o rei é substituído por "nação". HELY LOPES MEIRELLES, obra citada, p. 629, ainda invoca a irresponsabilidade dos atos legislativos e judiciais com base na "soberania do Estado". "A soberania, diz ARAÚJO CASTRO, reside no Estado, como um atributo inerente a sua personalidade e NÃO EM QUALQUER ÓRGÃO DO GOVERNO, nem mesmo no conjunto desses órgãos, aos quais compete unicamente o exercício da soberania, dentro dos limites traçados na Constituição" (apud ALCINO SALAZAR DE PAULA, obra citada, p. 74).

²⁷ RUI BARBOSA, discurso pronunciado no Senado Federal em 13/10/1896 (Américo J. Lacombe, O pensamento vivo de Rui Barbosa. Martins, S. Paulo, p. 39).

inventaram-se muitos mecanismos de controle do juiz e do Judiciário, com as conseqüentes responsabilidades.

A Constituição brasileira de 1988, certamente inspirada no art. 27/5 da Constituição da República Portuguesa, com a EC n. 1/82, dispõe no art. 5º que o "Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".²⁸

Outro artigo da Constituição, que trata de responsabilidade patrimonial do Estado e até de entidades privadas prestadoras de serviços públicos, vem inserido no capítulo referente à "Administração Pública". Com essa inserção topológica – Administração Pública – o Constituinte de 1988, em meu entender, alargou propositalmente o conceito de "funcionários" do art. 107 da Carta de 1969, que ficava na rubrica "Do Poder Executivo". O Constituinte de 1988, sensível à evolução da doutrina da responsabilidade patrimonial do Estado, colocou o instituto no capítulo que abrange todo o serviço público e não somente naquele referente ao Poder Executivo. Já não utiliza de palavra ambígua, como "funcionário"²⁹. Fala em "agente". Assim, a partir da nova Constituição, nossos tribunais ficarão mais à vontade para responsabilizar o Estado por não-funcionamento, mau funcionamento, ou, mesmo, por funcionamento com atraso do Judiciário³⁰. Evidentemente, o § 6º do art. 37, em foco, não

²⁸ O art. 630 de nosso Código de Processo Penal já previa, embora com menos amplitude, indenização por erro judicial. Com base na Lei de 08 de junho de 1895 é que o Capitão Dreyfus, condenado por espionagem na França, pôde ser, após indultado por Clemenceau (1906), indenizado pelos longos e penosos anos que padeceu inocentemente na Ilha do Diabo, na Guiana Francesa. DUGUIT, obra citada, p. 144 alude a lei suíça de iniciativa popular de 24 de junho de 1910, que proibiu a venda em todo o país de "ajenjo". A própria lei já mandou que se indenizasse parcialmente "a los patronos, empleados y obreros de la esferas profesionales directamente perjudicados en una medida apreciable por la prohibición Del ajenjo".

²⁹ A Lei Fundamental de Bonn evitou falar em "Amtsbeamter" (funcionário público). Utiliza-se de "alguém... no exercício de função pública... **jemand in ausübung... Öffentlichen Amtes...**"

³⁰ Outro é o entendimento do Prof. CELSO BASTOS, obra citada, p. 385, ao falar sobre "responsabilidade (do Estado) por atos judiciais". Entende ele que "os casos admissíveis de responsabilização por ato jurisdicional são, tão-somente, os previstos na Constituição que ora estamos examinando e na lei".

abriga a doutrina do "risco integral"³¹ e sim a que se convencionou denominar de "risco administrativo". Mais abrangentemente, dever-se-ia falar em "risco público". Já não é mais ao autor da ação de indenização que cabe provar a culpa do serviço (CPC, art. 333, I). Uma vez demonstrado o *nexum* causal entre o fato do serviço e o particular, todo o ônus da prova se desloca para a entidade pública. O administrado (*lato sensu*) não tem de demonstrar que o servidor público agiu culposamente. Basta demonstrar que sofreu dano pelo simples fato do serviço público.

No RE n. 70.121-MG, discutiu-se, de modo exaustivo, a responsabilidade patrimonial do Estado de Minas Gerais por desídia de juiz. O autor da ação de indenização por perdas e danos ficou preso, além do prazo para formação de culpa, por dois anos e nove meses. Argumentou-se, na ação cível, que o juiz, de modo negligente, não despachando, acabou por acarretar a ruína financeira do autor, um pequeno comerciante que tinha sido preso preventivamente sob a acusação de ter emitido cheques sem provisão de fundos. O juiz recebeu os autos conclusos em 15/04/61. Ficou com eles em casa até 16/01/64. Mão deu qualquer despacho ou tomou qualquer providência, não obstante a insistência do Ministério Público (que tinha pedido o arquivamento do processo) e da própria Ordem dos Advogados. Um dos argumentos que aflorou da discussão é que o juiz não se enquadrava bem como "funcionário", tal como previsto no art. 105 da Carta de 1967³². A ementa do acórdão tomou a seguinte redação:

O Estado não responde civilmente pelos atos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário, salvo nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora na decisão de uma causa responde

³¹ Cf. EDUARDO ANDRADE RIBEIRO DE OLIVEIRA, Responsabilidade civil do estado, Revista da Procuradoria Geral do Distrito Federal, n. 13. p. 169 e seg. No mesmo sentido CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, Responsabilidade civil do estado. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, n. 96/242.

³² RDA n. 114. p. 298 e seg.

civilmente o juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda sem justo motivo recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 121 do Cód. Proc. Civil). Além disso, na espécie não se trata de responsabilidade civil decorrente de revisão criminal (art. 630 e seus parágrafos do Cód. Proc. Penal). Impõe-se a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público quando funcionário seu, no exercício das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, cause dano a outrem. A pessoa jurídica responsável pela reparação é assegurada a ação regressiva contra o funcionário, se houve culpa de sua parte. *In casu* não caracteriza negativa de vigência da regra do art. 15 do Código Civil. Nem tão pouco ofensa ao princípio do art. 105 da Lei Magna. Aferição de matéria de prova (Súmula 279). Recurso extraordinário não conhecido.³³

A Constituição espanhola, no art. 121, quando fala em "*error judicial*", diz que os danos causados pelo funcionamento anormal da Administração da Justiça "*darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley*". Reforça, assim, o que já vem, de modo expresso e genérico, dito no art. 106/2 para toda a administração pública.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, pelo menos até onde pude pesquisar, é pela irresponsabilidade do juiz³⁴, salvo se a responsabilidade estiver expressamente prevista em lei³⁵. Mo RE n. 35.500-SP, assim ficou ementado o aresto do STF:

³³ DJU de 30/03/73.

³⁴ Os países do **Common Law** são mais recalcitrantes quanto à teoria da responsabilidade do juiz. No caso "Bradley vs. Fisher" – coloca-nos a par MAURO CAPPELLETTI, transcrevendo HANS SMIT - a Suprema Corte americana decidiu que os tribunais com "JURISDIÇÃO GERAL não se sujeitam a ações civis por atos judiciais por eles realizados, mesmo alegado que tais atos foram exercidos com malícia ou corrupção. Essas afirmações continuam a refletir o princípio jurídico dominante nos Estados Unidos" (obra citada, p. 68).

³⁵ Sem dúvida alguma os ensinamentos de PEDRO LESSA muito influíram na tese da irresponsabilidade do Judiciário, Ao comentar a "doutrina da responsabilidade fundada no direito público", disse o grande ministro do Supremo Tribunal Federal: "Já o mesmo princípio não vigora em relação aos atos do poder judiciário. A irresponsabilidade do poder público neste caso é um corolário fatal da autoridade da RES JUDICATA. Ao

O Estado só responde pelos erros dos órgãos do Poder Judiciário na hipótese prevista no art. 630 do Cód. de Proc. Penal. Fora dela, domina o princípio da irresponsabilidade, não só em atenção à autoridade da coisa julgada como também à liberdade e independência dos magistrados.³⁶

Na AC n. 69.601, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim sintetizou seu acórdão:

"Pela demora da decisão dos feitos responde o juiz correcionalmente, se causada por dolo, culpa ou desídia. O Estado não responde civilmente pelo erro judicial".³⁷

Ma AC n. 74.683, o mesmo Tribunal declarou:

"O Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, senão em casos expressamente declarados em lei".³⁸

Tenho para mim que nossos tribunais, como mostram as poucas ementas colacionadas, foram um tanto tímidos diante da amplitude dos textos constitucionais de 1946, 1967 e 1969, que, como hoje (art. 37, § 6º), não se reportam, como faz a Constituição espanhola, à "lei". O texto brasileiro, seguramente, não é daqueles que THOMAS COOLEY, ao falar sobre a "execução dos provimentos constitucionais", denomina de "*dormant*" (latente) até que legislação ordinária lhe dê efetividade³⁹. Para usar a linguagem do Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA,

particular lesado por uma sentença judicial só pode ter a faculdade de propor uma ação de indenização, depois de ter esgotado todos os recursos processuais; mas, depois de esgotados todos esses recursos, a sentença é irretratável. Reclamar do Estado uma indenização por essa decisão inalterável é iniciar um novo litígio sobre a questão já ultimada por uma sentença passada em julgado. Conseqüentemente, só nos casos de revisão e de rescisão da sentença é que podem os particulares obter o ressarcimento do prejuízo infligido por uma sentença ilegal" (Obra citada, p. 164 e seg).

³⁶ RF n. 194/159. Em seu voto, o relator foi categórico: "Verifico que não foi ofendida a integridade da Constituição e do Cód. Civil. No momento atual só é possível requerer ao Estado indenização por erro judicial, na hipótese do art. 630 do Código do Proc. Penal. Não há outra previsão, porque a do art. 121 do Cód. Proc. Civil se refere à responsabilidade pessoal do juiz".

³⁷ RDA n. 53/183.

³⁸ RDA n. 50/239.

³⁹ The general principles of constitutional law In the United States of America, Little, Brown, and Company, Boston. 1931, p. 273.

podemos dizer que tal instituto da responsabilidade do Estado é de "eficácia plena e aplicabilidade imediata".⁴⁰ O Instituto em exame se insere, em meu entender, como um direito fundamental⁴¹, podendo ter "aplicação imediata" (Constituição, art. 5º, LXXVII, § 1º). Não se acha amarrado à lei ordinária. Já vale e opera por si mesmo.

Um dos dispositivos constitucionais mais precisos sobre a "responsabilidade por infrações no exercício de funções públicas" (*Amtshaftung bei Amtspflichtverletzungen*) se encontra na Lei Fundamental de Bonn:

Art. 34. Se alguém, no exercício de um cargo público que lhe foi confiado, infringir em relação a terceiros os deveres que o cargo lhe impõe, a responsabilidade recai, em princípio, sobre o Estado ou a corporação a cujo serviço ele se encontra. No caso de dolo ou negligência grosseira, reserva-se o direito de regresso (*Rückgriff*). Para reivindicações de indenização e para o exercício do direito de regresso não poderá ser excluída a via judicial ordinária.

Como se vê, a responsabilidade não é pessoal do juiz, mas da entidade pública. Só no caso de dolo ou "negligência grosseira" (*grosser Fahrlässigkeit*) é que o Estado se acha constitucionalmente obrigado a voltar-se contra o juiz através de "ação regressiva" (*Rückgriffsklage* ou *Regressklage*). Com isso quis o constituinte alemão proteger mais ainda o magistrado em sua independência funcional e evitar demandas infundadas ou aleivasas contra ele.⁴²

Penso que o jurisdicionado tem direito de pedir indenização ao Estado quando tiver, comprovadamente, prejuízo pelo mau funcionamento

⁴⁰ Aplicabilidade das normas constitucionais, RT, São Paulo, 1968.

⁴¹ A Carta imperial de 1824 inseria no título "Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros", o art. 179/29. "Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos". No mesmo sentido, JOÃO BARBALHO, Constituição federal brasileira. Litho-Typographia. Rio de Janeiro, 1902.

⁴² Cf. CAPPELLETTI, obra citada, p. 55. Na França, como mostra o mesmo autor, na mesma página, a *action récursoire* deve ser ajuizada diretamente na Cour de Cassation e não perante juizado de primeira instância.

do Judiciário, ou funcionamento atrasado. Não se tem de perquirir se o juiz agiu culposamente ou não. O serviço de Justiça é, de todos os serviços públicos, o mais essencial, pois ele diz respeito à paz, à coexistência pacífica do próprio homem.

Gostaria de terminar essas palavras com o final do voto (vencido) de ALIOMAR BALEEIRO no RE n. 70.121-MG, já aludido. Com os olhos postos no texto constitucional, o grande Ministro soube mostrar que não é a Constituição que se deve adaptar à lei ordinária, mas essa é que tem de moldar-se àquela:

Em sessão recente, manifestei o meu ponto de vista, a minha convicção, e não quero convencer ninguém. Meu voto está nos autos e já há três votos contrários a ele. Acredito que, um dia – se o legislador retardar a sua ação, o Supremo Tribunal Federal cumpra um dos seus deveres, que é o de preencher a lacuna das leis e dê ao caso, dentro do espírito de conjunto das regras do sistema, uma solução para casos tristíssimos como este.⁴³

⁴³ RDA n. 114/325.